

Juridische implicaties van niet langer gedogen

Het besluit om een gedoogde situatie niet langer te gedogen, is in de regel geen besluit. Onterecht, gezien de risico's die een ondernemer van bijvoorbeeld een coffeeshop daarmee loopt.

Jaap Baar¹

Gedogen neemt binnen het bestuursrecht een bijzondere plaats in.² Door te gedogen wordt immers afgeweken van de bestaande beginselplicht tot handhaving van overtredingen van bestuursrechtelijke regels. Een terugkerend probleem daarbij is de rechtsbescherming. Er kunnen in de eerste plaats immers derden zijn die er belang bij hebben dat er wel wordt gehandhaafd. Denk bijvoorbeeld aan omwonenden die er belang bij hebben dat geluidsnormen ten aanzien van een nabijgelegen spoortraject worden gehandhaafd.³ Uiteraard heeft ook degene wiens gedragingen worden gedoogd belang bij rechtsbescherming. Aan het gedogen worden per slot van rekening bepaalde verwachtingen ontleend. Wanneer een bestuursorgaan besluit niet langer te gedogen, zal 'de gedoogde' dan ook in veel gevallen de rechter willen consulteren om te vragen of dat zomaar kan.

Volgens vaste jurisprudentie is de beslissing om een gedoogde situatie niet langer te gedogen in beginsel geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen de beslissing een overtreding niet langer te gedogen, staat dan ook pas rechtsbescherming open

Gedoogbeleid en handhavingskader verschillen per gemeente

op het moment dat daadwerkelijk tot handhaving van die overtreding wordt overgegaan. Waarom is het 'intrekken' van een gedoogverklaring of het vervallen van de gedoogstatus in beginsel geen besluit en welke bijzondere omstandigheden maken dat deze beslissing in sommige gevallen wel als besluit wordt aangemerkt? Is bovendien de jurisprudentie wel houdbaar?

Deze bespreking van de juridische status van de gedoogverklaring zal zich vooral richten op de jurisprudentie betreffende coffeeshops. Het gedogen van coffeeshops neemt binnen het gedogen een bijzondere plaats in.⁴ Zo geldt de beginselplicht tot handhaving niet bij het gedogen van coffeeshops. Daarnaast is bij coffeeshops niet sprake van incidenteel gedogen, maar wordt in de meeste gemeenten met een gedoogbeleid

gewerkt en geven zij gedoogverklaringen af waaraan voorwaarden zijn verbonden. Er is, om het maar zo te noemen, sprake van gereguleerd gedogen.

In 1992 zijn door het Openbaar Ministerie de zogeheten AHOJG-criteria opgesteld. Die criteria houden in dat coffeeshops in elk geval niet mogen afficheren, de A, geen harddrugs mogen verkopen, de H, geen overlast mogen veroorzaken, de O, geen jongeren mogen toelaten, de J, en alleen hoeveelheden van minder dan vijf gram mogen verkopen, de G. Als bestaande coffeeshops aan die criteria voldoen, worden de verkoop en het bezit van softdrugs strafrechtelijk gedoogd.⁵ Sinds 29 november 2011 is daar het ingezetenen criterium aan toegevoegd, wat inhoudt dat geen softdrugs verkocht mogen worden aan niet-ingezetenen.⁶

Ook voor de handhaving op het gebied van het bestuursrecht zijn die criteria leidend. In art. 13b van de Opiumwet is opgenomen dat de burgemeester bevoegd is met bestuursdwang op te treden indien in woningen of lokalen drugs aanwezig zijn of worden verstrekt. De burgemeester kan dan bijvoorbeeld tot sluiting van die woningen of lokalen besluiten. Op basis van dit art. 13b wordt in overleg met de lokale driehoek

¹ Advocaat bij Hoogendam Advocaten te Den Haag.

² Zie bijvoorbeeld: F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, ISBN: 978 90 130 7519 9 en R.A. Noorhoff, *Artikel 13b Opiumwet: wegwijs in gedogen en handhaven*, Deventer: Kluwer 2011.

³ ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0315.

⁴ Vermeer besteedt er dan ook een apart hoofdstuk aan: F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 5.

⁵ Zie: Aanwijzing Opiumwet, 2012A021.

⁶ (Dit criterium en de 'problemen' daaromtrent, worden hier verder buiten beschouwing gelaten. Zie voor een uitgebreide beschrijving en evaluatie: M.M.J. van Ooyen-Houben e.a., *Het besloten club- en het ingezetenen criterium voor coffeeshops*, WODC 2013, Cahiers 2013-02).

een gemeentelijk gedoogbeleid vastgesteld. De AHOJG-criteria staan daarbij centraal. In aanvulling op die criteria kunnen per gemeente nog aanvullen de vereisten gelden, zoals de eis dat er voorlichting omtrent verslaving in de inrichting aanwezig moet zijn. Indien de bepalingen uit het gedoogbeleid worden overtreden, kan dat er dus toe leiden dat de burgemeester op grond van art. 13b tot handhavend optreden overgaat.

Niet alleen het gedoogbeleid kan per gemeente verschillen, maar ook het handhavingskader. Zo kan worden besloten eerst waarschuwingen te geven of direct tot tijdelijke sluiting van de inrichting over te gaan. Ook kan de burgemeester bepalen dat een coffeeshop in het geheel niet meer zal worden gedoogd. Deze coffeeshop wordt dan afgevoerd van de lijst met gedoogde verkooppunten en de gedoogverklaring wordt ingetrokken.⁷

Jurisprudentie

Het intrekken van de gedoogverklaring, is zoals opgemerkt, naar vaste jurisprudentie geen besluit. Door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is dit voor het eerst uitgemaakt in de uitspraak van 4 juni 2002.⁸ In die zaak ging het om het gedogen van de afwijking van een vergunningvoorschrift voor een composteerinrichting. De afdeling overwoog dat een weigering te gedogen, behoudens bijzondere omstandigheden, volgens vaste jurisprudentie niet als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb wordt aangemerkt. Dat geldt volgens de afdeling ook voor de intrekking van een eerder verleende gedoogverklaring. De afdeling vervolgt:

‘Evenals de weigering te gedogen houdt een dergelijke beslissing slechts de mogelijkheid in dat het betrokken bestuursorgaan handhavend zal gaan optreden. Eerst wanneer tot handhavend optreden wordt besloten, concretiseert die mogelijkheid zich. Onder die omstandigheden

Intrekking betekent niet automatisch handhaving

kan aan een beslissing tot intrekking van een gedoogverklaring geen zelfstandige betekenis worden toegekend, behoudens bijzondere gevallen.⁹

Bij uitspraak van 15 september 2004¹⁰ werd ten aanzien van het intrekken van een gedoogbeschikking van een coffeeshop een overeenkomstig oordeel geveld. Daar werd aan toegevoegd dat ook indien bij de afgifte van een gedoogverklaring een bepaald beleid wordt gevoerd, dit niet betekent dat een weigering om nog langer te gedogen als een besluit kan worden aangemerkt.

De reden daartoe is dus dat het na intrekking van een gedoogverklaring niet zeker is dat tot handhaving wordt overgegaan. Men heeft niet een extra moment van rechtsbescherming willen creëren behoudens, zoals geschreven, bijzondere omstandigheden.

Een dergelijke bijzondere omstandigheid werd door de voorzieningenrechter Breda aangenomen toen de betrokkene volgens de handhavingsmatrix een sluiting voor de duur van vijf jaar riskeerde indien hij een handhavingsbesluit zou uitlokken.¹¹ Uit de uitspraak van de afdeling van 3 augustus 2011, waarbij dit oordeel van de voorzieningenrechter werd vernietigd, daarentegen volgt dat het risico van een sluiting voor de duur van vijf jaar geen bijzondere omstandigheid vormt die maakt dat de intrekking van de gedoogstatus een besluit is.¹² De uitspraak van de Rechtbank Breda lijkt dan ook achterhaald.

De afdeling acht het feit dat de voorlopige hechtenis van betrokkene was geschorst wel een bijzondere omstandigheid die maakt dat de intrekking van de gedoogverklaring als besluit gezien moest worden. Het uitlokken van handhaving en het aldus begaan van een overtreding zou er toe kunnen leiden dat die schorsing zou worden opgeheven en de betrokkene vast zou komen te zitten. Van de exploitant van de coffeeshop kon dan ook in redelijkheid niet worden gevergd dat hij een handhavingsbesluit zou uitlokken.¹³ In diezelfde uitspraak overwoog de afdeling overigens wel dat de enkele dreiging van gevangenisstraf of de dreiging van langdurige sluiting op grond van het gemeentelijk handhavingsbeleid, geen omstandigheden zijn die maken dat de intrekking van de gedoogstatus als een besluit moet worden gezien. De Rechtbank Gelderland merkt het intrekken van de gedoogverklaringen ook aan als een besluit in het geval van een al eerder tot een voorwaardelijke gevangenisstraf veroordeelde exploitant, die zich nog in zijn proeftijd bevond.¹⁴

Kritiek

Uit die laatstgenoemde uitspraak van de afdeling volgt dat het zeldzaam is dat het vervallen van de gedoogstatus als een besluit wordt gezien. Alleen als sprake is van zeer klemmende en concrete gronden die maken dat in redelijkheid niet van de betrokkene gevergd kan worden dat een handhavingsbesluit wordt uitgelokt, is sprake van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de intrekking van de gedoogverklaring als een besluit wordt aangemerkt.

In de regel zal een exploitant na intrekking van de gedoogverklaring dus een handhavingsbesluit uit dienen te lokken door simpelweg een overtreding te begaan. De daaraan verbonden risico's zijn niet gering. Herhaalde overtreding van art. 13b Ow kan op grond van het gemeentelijk handhavingsbeleid immers vaak leiden tot definitieve

7 Zie voor een voorbeeld het Handhavingskader van de gemeente Den Haag: Toekomstvisie Horeca 2010-2015, RIS168865_04-FEB-2010).

8 AB 2002/219, m.nt. Michiels (Eco-composteerbedrijf).

9 Idem, R.O. 2.2.

10 ABRvS 15 september 2004, LJN: AR2178.

11 Rechtbank Breda, 16 oktober 2009, AB 2009/405, m.nt. Vermeer.

12 ABRvS 3 augustus 2011, AB 2012/61 m.nt. Vermeer.

13 ABRvS 9 maart 2011, AB 2011/104, m.nt. Vermeer.

14 Rechtbank Gelderland, 25 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0742.

sluiting van de inrichting, waardoor de ondernemer ook de reguliere horecaexploitatievergunning kwijt is. Daarnaast gaat het bij softdrugs om gedragingen die naar de letter van de wet nog steeds strafbaar zijn. Dit kan er toe leiden dat ook het Openbaar Ministerie handhavend gaat optreden. Op de lange termijn kan dat zelfs tot gevolg hebben dat de ondernemer veroordeeld wordt voor de handel in softdrugs, met eventueel een gevangenisstraf en ontneming tot gevolg. Daarnaast zal de ondernemer na een dergelijke veroordeling niet meer door de Bibob-toets komen, waardoor het ook praktisch onmogelijk wordt een nieuwe, reguliere, horecaonderneming te starten.¹⁵

Onder andere deze risico's voor de ondernemer maken dat er de nodige kritiek is op de jurisprudentie waarbij de intrekking van een gedoogverklaring niet als een besluit wordt aangemerkt. Zo stelt hoofddocent bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen Frank Vermeer in diens dissertatie *Gedogen door bestuursorganen* dat het voor de gedoogde onevenredig bezwarend is de 'uitlokingsroute' te volgen bij het bestaan van risico's als permanente sluiting. Er zou meteen rechtsbescherming tegen de beslissing open moeten staan. Het

enkele gegeven dat niet zeker is dat tot handhaving van een nieuwe overtreding wordt overgegaan, maakt dat niet anders, het risico is volgens Vermeer voldoende. Vooral nu het coffeeshopbeleid in de regel zeer stringent gehandhaafd wordt.¹⁶

Ook Van der Veen pleit in zijn preadvies voor een extra rechtsbeschermingsmoment bij de intrekking van de gedoogverklaring. Hij meent dat gedoogden wellicht hun activiteiten staken na intrekking van de gedoogverklaring, in verband met de dreiging van handhavend optreden. Dit terwijl nog niet in rechte vaststaat dat er een overtreding is geweest. Hij pleit dan ook voor een aparte korte procedure waar louter en alleen wordt bezien of er daadwerkelijk van een overtreding sprake is.¹⁷

Bij de handhaving op het gebied van coffeeshops volgt de intrekking van een gedoogverklaring in de regel echter tegelijk met een handhavingsbesluit waarbij een tijdelijke sluiting van de inrichting bevolen wordt. In dat besluit is dan vaak opgenomen dat op grond van de vermeende overtreding, na ommekomst van de tijdelijke sluiting, de verkoop van softdrugs niet langer gedoogd zal worden. Ook hierin ligt een reden om

de intrekking van een gedoogverklaring wel als een appellabel besluit aan te merken. Niet alleen omdat het praktisch en logisch is om deze intrekking tegelijk met het besluit tot tijdelijke sluiting te toetsen, maar ook omdat de vraag of tot intrekking wordt overgegaan afhangt van redenen die in het besluit tot tijdelijke sluiting en het beleid waarop dat besluit is gebaseerd worden genoemd.

Het doet in dat verband dan ook krom aan dat de rechter bij toetsing van het besluit en toetsing van de duur van de opgelegde sluiting van de inrichting, de intrekking van de gedoogverklaring niet meeweegt. Deze intrekking betekent immers in feite het einde van de onderneming als coffeeshop en is het meest vergaande gevolg van het besluit. Het is dan ook vreemd indien die intrekking pas later en bovendien alleen indien de betrokkene handhaving uitlokt, getoetst zou worden, vooral als de intrekking van de gedoogverklaring expliciet in het besluit tot tijdelijke sluiting is opgenomen.

Deze redenen, in combinatie met het gegeven dat het risico voor coffeeshop-ondernemers bij uitlokking van een handhavingsbesluit zeer groot is, maken dat de intrekking van de gedoogverklaring vaker dan nu het geval is als besluit aangemerkt dient te worden. Vooral in die gevallen waar de intrekking expliciet genoemd wordt in het besluit waar tot tijdelijke sluiting wordt overgegaan. <<

¹⁵ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 6 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7903.

¹⁶ Zie de noot van Vermeer bij: ABRvS 9 maart 2011, AB 2011/104, m.nt. Vermeer.

¹⁷ G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in: Het besluit voorbij, VAR-reeks 150, BJu Den Haag 2013, p. 127-130.

(advertentie)

TOGA
atelier
S c h o u t

Kwaliteit met oog voor detail

Een Succesvol en Kleurrijk 2014!

Voering in vele kleuren leverbaar

www.toga-atelierschout.nl

info@toga-atelierschout.nl



Industrieweg 51
3044 AS Rotterdam
Tel.: 010 245 07 66
di t/m vr 9:00 - 17:30
zaterdag op afspraak